

Autori

Corrado P. D'Aiello	Dottore di ricerca nell'Università di Napoli "Federico II"
Giacomo D'Atorre	Professore ordinario nell'Università Telematica "Universitas Mercatorum"
Giustino Di Cecco	Professore associato nell'Università di Roma Tre
Francesco Fimmanò	Professore ordinario nell'Università del Molise
Giuseppe Iannaccone	Avvocato
Antonio Nardone	Avvocato
Nicola Rocco di Torrepadula	Professore ordinario nell'Università di Salerno
Michele Sandulli	Professore emerito nell'Università di Roma Tre
Vittorio Santoro	Professore ordinario nell'Università di Siena
Domenico Spagnuolo	Ricercatore nell'Università di Roma Tre
Paolo Valensise	Professore associato nell'Università di Roma Tre

Prefazione

Dal 2005 ad oggi questa *Collana* ha ospitato, con il presente, quattro volumi in tema di procedure concorsuali, in parallelo con i vari provvedimenti che, a partire dal 2005 e fino al recente intervento del 2016, hanno apportato significative modifiche alla Legge Fallimentare.

Un processo ultradecennale attraverso il quale il Legislatore ha compiuto prima un lavoro di radicale ammodernamento della normativa e, poi, un'opera di correzione, dettata dalla necessità di modificare soluzioni rivelatesi inopportune o, talvolta, incoerenti con il sistema. In alcuni casi, soprattutto con riferimento all'attività degli Organi delle procedure concorsuali ed alla procedura di concordato preventivo, si è proceduto quasi per tentativi, dal cui esito applicativo è dipesa la stabilità o la modifica delle norme.

Di fatto, ad un disegno, se pure in più occasioni frettoloso, del legislatore, ha risposto una realtà che si è mostrata spesso distante dalle soluzioni accolte, se non addirittura contraddittoria rispetto agli obiettivi perseguiti. Così, ad esempio, per quanto riguarda i tentativi di favorire le soluzioni concordatarie attraverso la possibilità di proporre una domanda di concordato "in bianco" o l'eliminazione delle soglie minime di soddisfacimento per i creditori; con riferimento ad ambedue i profili, si è assistito ad un abuso dello strumento, che ha sollecitato repentine modifiche, le quali, comunque, non sembra abbiano ancora raggiunto risultati stabilizzati.

Il presente volume costituisce un commento alle modifiche apportate dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, nella l. 6 agosto 2015, n. 132 e dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, nella l. 30 giugno 2016, n. 119. Data la tipologia di tali modifiche, che consistono in interventi parziali su singoli articoli, si è preferito, al commento per articoli, quello sistematico, individuando i profili di novità più significativi ed avendo cura di delineare in quale modo questi interventi si inseriscono all'interno del sistema concorsuale.

Il volume, quindi, intende essere un contributo al necessario, quanto delicato momento interpretativo, non solo in una ottica teorica, ma anche in una prospettiva operativa in relazione all'applicazione delle norme.

Si confida che il risultato, da una parte, contribuisca allo sviluppo del dibattito scientifico e, dall'altra parte, sia di utilità per gli operatori.

Ringraziamo quanti hanno collaborato alla compilazione del volume, tutti con grande impegno e disponibilità, tanto da rendere il lavoro sufficientemente omogeneo.

Un particolare ringraziamento, per la correzione delle bozze, va al dott. Domenico Spagnuolo e al dott. Alfonso Ingenito.

Roma-Napoli, 3 luglio 2016

Giacomo D'Attorre
Michele Sandulli

Michele Sandulli

La inefficacia degli atti a titolo gratuito

SOMMARIO: 1. L'art. 64 e la sorte degli atti a titolo gratuito. – 2. La disciplina previgente. Sulla ricomprensione dell'art. 64 nel sistema revocatorio. – 3. *Segue*. Sulle modalità per far valere l'inefficacia. – 4. La nuova previsione normativa. – 5. *Segue*. L'iniziativa del curatore. – 6. *Segue*. La trascrizione della sentenza. – 7. *Segue*. Sull'acquisizione del bene al fallimento. – 8. *Segue*. Gli atti di cui al comma 1 dell'art. 64. – 9. *Segue*. L'ambito di applicazione della norma. – 10. L'operatività della inefficacia. – 11. Natura giuridica. – 12. L'art. 2929-*bis* c.c. – 13. L'inefficacia *ex lege*. – 14. Art. 64, comma 2 e decreto di acquisizione. – 15. La trascrizione e la presunzione di conoscenza. – 16. Termine per il reclamo e diritto di difesa.

1. L'art. 64 e la sorte degli atti a titolo gratuito

Il testo della norma, rimasto invariato pur nelle successive modifiche apportate alla legge fallimentare nell'ultimo decennio, è stato innovato dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv. in l. 6 agosto 2015, n. 132, art. 6, comma 1-*bis*, con la introduzione, in sede di conversione, di una peculiare disciplina relativa alle modalità con le quali l'inefficacia, sancita da tale norma, può essere fatta valere.

Invero, al comma 1, del seguente tenore:

«Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante»

è stato aggiunto un comma 2, secondo cui:

«I beni oggetto degli atti di cui al primo comma sono acquisiti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento. Nel caso di cui al presente articolo ogni interessato può proporre reclamo avverso la trascrizione a norma dell'articolo 36¹».

Va ricordato che il medesimo provvedimento normativo ha anche introdotto, con l'art. 12, comma 1, d.l. n. 83 del 2015, l'art. 2929-*bis* al codice civile, sotto la rubrica

¹ Comma aggiunto dal d.l. 27 giugno 2015 in sede di conversione dalla l. 6 agosto 2015, n. 132. La modifica si applica ai fallimenti dichiarati successivamente alla data del 21 agosto 2015 di entrata in vigore della citata legge di conversione.

«Dell'espropriazione di beni oggetto di vincolo di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito» secondo cui «Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, a esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto. La disposizione di cui al presente comma si applica anche al creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, interviene nell'esecuzione da altri promossa.

Quando il bene, per effetto o in conseguenza dell'atto, è stato trasferito a un terzo, il creditore promuove l'azione esecutiva nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario ed è preferito ai creditori personali di costui nella distribuzione del ricavato. Se con l'atto è stato riservato o costituito alcuno dei diritti di cui al primo comma dell'art. 2812, il creditore pignora la cosa come libera nei confronti del proprietario. Tali diritti si estinguono con la vendita del bene e i terzi titolari sono ammessi a far valere le loro ragioni sul ricavato, con preferenza rispetto ai creditori cui i diritti sono opponibili.

Il debitore, il terzo assoggettato a espropriazione e ogni altro interessato alla conservazione del vincolo possono proporre le opposizioni all'esecuzione di cui al titolo V del libro terzo del codice di procedura civile quando contestano la sussistenza dei presupposti di cui al primo comma o che l'atto abbia arrecato pregiudizio alle ragioni del creditore o che il debitore abbia avuto conoscenza del pregiudizio arrecato.

L'azione esecutiva di cui al presente articolo non può esercitarsi in pregiudizio dei diritti acquistati a titolo oneroso dall'avente causa del contraente immediato, salvi gli effetti della trascrizione del pignoramento²».

Queste due norme, se pure inserite in contesti diversi, comunque sembrano rispondere alla medesima esigenza di consentire di paralizzare gli effetti di atti gratuiti, senza la necessità che vi sia un "accertamento" giudiziale dei relativi presupposti, salva la possibilità, per i soggetti interessati, di impugnare i relativi provvedimenti.

Per vero la norma della legge fallimentare è stata introdotta con la legge di conversione, mentre quella del codice civile era già contenuta nel decreto legge. Stante tale successione, si potrebbe dire che la previsione del codice civile sia stata "estesa" alla legge fallimentare. Tuttavia, anche se le finalità acceleratorie delle procedure giudiziarie appaiono le medesime, e la tecnica simile, come diremo (§ 12), nella sostanza le due norme operano con strumenti e strutture diverse, per cui non possono essere *tout court* assimilate.

Al tempo stesso la disciplina dell'art. 64 va valutata in relazione alle altre norme dettate dalla legge fallimentare, con riferimento agli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli per i creditori.

² Norma inserita dall'art. 12, comma 1, d.l. n. 83 del 2015 come modificato dall'art. 4 del d.l. n. 59 del 2016. La disposizione di cui all'art. 2929-*bis* c.c. si applica esclusivamente alle procedure esecutive successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto *ex* art. 23, comma 6, d.l. n. 83 del 2015.

2. La disciplina previgente. Sulla ricomprensione dell'art. 64 nel sistema revocatorio

Con riferimento alla novella relativa all'art. 64, che riguarda gli atti a titolo gratuito posti in essere dal debitore poi fallito, appare utile verificare come essa si ponga rispetto alla interpretazione che è stata data finora alla revoca degli atti a titolo gratuito, in particolare con riferimento al suo inquadramento nel sistema revocatorio fallimentare ed al procedimento da adottare ai fini della sua operatività. E ciò, anche per verificare se la novella costituisca un'assoluta novità o l'applicazione di interpretazioni già sostenute (con varia fortuna) nel vigore del testo normativo precedente, che nulla diceva in ordine alla natura della esecuzione ed alla modalità ed agli strumenti per la sua attuazione.

Va, innanzitutto, sottolineato come questa modifica riguardi, nel suo dato letterale, solo gli atti a titolo gratuito, senza coinvolgere gli atti a titolo oneroso, e neppure tutti, cioè solo quelli oggetto di atti sottoposti ad iscrizione o trascrizione in pubblici registri immobiliari o mobiliari.

Occorre, quindi, in linea di principio, verificare se tale peculiarità possa discendere da una separata disciplina degli atti gratuiti nell'ambito della revocatoria fallimentare, ovvero dalla circostanza che la disciplina della inefficacia degli atti a titolo gratuito non sia estranea alla disciplina della revocatoria. È, quindi, opportuno ricostruire, se pure molto sinteticamente, le posizioni che si ritrovano, sul punto, anteriormente alla novella.

Il tema è dibattuto, in quanto, da taluni, alla luce della diversa previsione dell'art. 64, che parla di atti privi di effetto, rispetto a quella dell'art. 67, che parla di atti che sono revocati, si suppone una inefficacia *ex lege* in un caso e la necessità di un'azione costitutiva nell'altro³.

Prevale, tuttavia, la tesi della unitarietà del sistema revocatorio⁴ sulla base della considerazione che i principi della inefficacia *ex art. 64* sono eguali a quelli dell'azione revocatoria, in quanto: *i*) suppone la dichiarazione di fallimento, *ii*) è una inefficacia relativa, *iii*) può essere esercitata solo nel corso della procedura fallimentare⁵.

Ritengo corretta tale soluzione, anche sulla base della ricostruzione storica dell'istituto, dove non emerge mai una diversità di fondamento tra la disciplina degli atti gratuiti e quella degli atti onerosi⁶.

La distinzione tra "inefficacia" (art. 64) e "revocabilità" (art. 67), nella sostanza, si concretizza nei diversi presupposti e nei diversi poteri attribuiti al giudice, in ordine

³ Ritengono, invece decisiva per la soluzione contraria, tale diversa previsione normativa. COSATTINI, *La revoca*, 37 ss.; CORRADO, *La revoca*, 109; e, più di recente, IANNACONE, VITUCCI, *Atti*, 77.

⁴ La Suprema Corte (Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538) ha riconosciuto come l'art. 64 «faccia parte integrante del sistema revocatorio». In dottrina, per la unitarietà di fondamento degli artt. 64 e 67, si vedano, pur nella diversità di argomentazioni e di corollari applicativi, SANDULLI, *Gratuità*, 255 ss.; MAFFEI ALBERTI, *Il danno*, 150 ss.; D'ALESSANDRO, *La revoca*, 163; GALLESIO PIUMA, *Art. 64*, 65; CAVALLINI, ARMELI, *Art. 64*, 9.

⁵ CAVALLINI, ARMERI, *Art. 64*, 8; TERRANOVA, *Effetti*, 210.

⁶ Vedi per la ricostruzione, SANDULLI, *Gratuità*, 259 ss.

alla valutazione dei fatti, limitata all'accertamento della natura dell'atto.

Quindi la previsione dell'art. 64 non sta fuori dal sistema revocatorio, se pure opera con strumenti in parte diversi rispetto alle fattispecie di cui agli artt. 67 ss.⁷. Tanto che si riconosce la congruenza delle due fattispecie nell'ambito dell'unitarietà di quel sistema, anche da parte di chi dà risalto alla circostanza che l'azione di cui all'art. 64 sia un'azione di accertamento, con effetto di retrodatazione alla data di compimento dell'atto, mentre l'azione *ex art. 67* sia un'azione costitutiva⁸.

Se si vuole fondare l'estraneità dell'art. 64 al sistema revocatorio sul dato normativo, la soluzione non è accettabile perché prova troppo, in quanto afferma una inefficacia assoluta anche *inter partes*. Ma non può un evento futuro ed incerto, quale la dichiarazione di fallimento, "creare" una causa di inefficacia del rapporto *inter partes*, in relazione ad un contratto perfettamente valido. Poiché deve ritenersi pacifico che, se non interviene la dichiarazione di fallimento, l'inefficacia non si produce, allora deve necessariamente concludersi che non si tratta di una inefficacia automatica, non potendo configurarsi una inefficacia assoluta da causa sopravvenuta.

Il principio dell'autonomia privata e dell'affidamento sulla intangibilità del vincolo giuridico valido non possono essere del tutto sviliti dalla esistenza della circostanza che si verta in tema di rapporti con un imprenditore commerciale. La interpretazione della norma deve essere condotta in modo tale da conservare il giusto equilibrio, nel rispetto delle norme sull'interpretazione, tra i principi dell'autonomia privata e le norme fallimentari. Si dovrà così giungere a conseguire gli effetti voluti dalla legge (inefficacia dell'atto compiuto nel periodo indicato, nei confronti della massa, a prescindere dall'esistenza e dalla conoscenza dello stato di insolvenza al momento del compimento dell'atto), nel rispetto delle regole che comunque governano la fattispecie civilistica.

Come effetto della unitarietà del sistema discende che: 1) anche per far valere l'inefficacia *ex art. 64* è (era) necessaria una pronuncia giudiziale; 2) l'azione è soggetta a termini di decadenza di cui all'art. 69-*bis*⁹. Quindi non può esser condivisa l'opinione, secondo cui, poiché la norma prevede un'azione di accertamento-dichiarativa, l'azione stessa è imprescrittibile¹⁰.

⁷ Peraltro è stata rilevata l'approssimazione solo tipografica della collocazione della previsione normativa in esame nella sede materiale degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli a creditori (Cass., 9 febbraio 2001, n. 1831).

⁸ GALLESIO PIUMA, *Art. 64, 55* secondo cui, nel caso di atti a titolo gratuito «trattasi di inefficacia oggettiva e automatica, che si produce di diritto ... Il meccanismo dell'inefficacia di diritto ... esclude la necessità del ricorso a una specifica impugnativa, come invece richiedono le fattispecie disciplinate dagli artt. 66-69 legge fallimentare». L'A., comunque, sottolinea, «sebbene nella disparità di condizioni e di presupposti, l'unitarietà del sistema».

⁹ Tale norma, per la sua formulazione generale («le azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione») può costituire una conferma della soluzione qui sostenuta. Il dato letterale non è però decisivo; non va sottaciuto, come pure è stato rilevato (GOMMELLINI, *Art. 69-bis, 974*), che il richiamo vuole essere *solo* alle "azioni revocatorie" disciplinate da quella sezione della legge fallimentare, supponendo che in tale sezione possano essere comprese anche azioni diverse.

¹⁰ CULTRERA, *Gli atti, 60*; PATTI, *Art. 64, 872*; DI IULIO, *Atti, 512*; in giurisprudenza Cass., 30 settembre 2011, n. 20067, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, 1381.

Questa conclusione, peraltro, alla luce della nuova disciplina, ha un valore meramente “storico” che, però, può essere utile ricordare.

3. *Segue. Sulle modalità per far valere l'inefficacia*

Un profilo molto discusso è stato anche quello relativo alle modalità con le quali il curatore possa far valere l'inefficacia di cui all'art. 64.

Sul punto si ritrovano più orientamenti.

Innanzitutto va ricordata la soluzione, da tempo abbandonata a seguito della netta posizione contraria della Corte di cassazione¹¹, secondo cui il fallimento potrebbe apprendere il bene, in forza di un decreto di acquisizione emesso dal giudice delegato¹² o anche in forza della qualità di pubblico ufficiale del curatore, con una pretesa di restituzione, imposta a chi possiede il bene, da parte del solo curatore¹³. Tale soluzione era giustificata dalla circostanza che non era previsto quali strumenti processuali si potessero utilizzare.

Come si diceva, tale soluzione è stata ritenuta impraticabile, in quanto, con riferimento ai decreti di acquisizione, la Suprema Corte¹⁴, uniformandosi a numerosi precedenti in termini, ha affermato che «la facoltà del giudice delegato, a norma dell'art. 25 legge fallimentare di adottare provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio del fallito implica il potere di emettere decreti di acquisizione alla procedura concorsuale di eventuali sopravvenienze attive in possesso dello stesso fallito o del coniuge o di altri soggetti che non ne contestino la spettanza al fallimento, ma non anche di disporre l'acquisizione di beni sui quali il terzo possessore rivendichi un proprio diritto esclusivo incompatibile con la loro inclusione nell'attivo fallimentare. In tale seconda ipotesi il decreto del giudice delegato, così come il decreto reso dal tribunale in esito al reclamo, devono ritenersi giuridicamente inesistenti per carenza assoluta del relativo potere».

Accanto a tale soluzione, abbandonata da anni, se ne sono prospettate talune altre.

Una prima posizione ritiene necessario che l'inefficacia venga riconosciuta con una sentenza.

¹¹ Cass., 14 luglio 1997, n. 6353, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1187; già Cass., 4 febbraio 1993, n. 1402; v. Cass., 5 ottobre 1988, n. 5408; Cass., 4 aprile 1984, n. 2258. Secondo Cass., 18 aprile 2004, n. 16083 il decreto di acquisizione al patrimonio fallimentare pronunciato dal G.D. ai sensi dell'art. 25, comma 2, l. fall., ha valenza solo amministrativa e non può incidere su diritti di tipo sostanziale.

¹² APICE, *Acquisizione*, 349; VINDIGI, *Decreto*, 980; FERRARA JR., BORGIOI, *Il fallimento*, 399; PAJARDI, *Manuale*, 404, in giurisprudenza, Trib. Roma, 17 marzo 1966, in *Dir. fall.*, 1966, II, 667, con nota adesiva di PAZZAGLIA; Trib. Roma, 7 marzo 1967, in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, 387; Trib. Catania, 30 dicembre 1990, in *Dir. fall.*, 1992, II, 634.

¹³ BIGNARDI, *Espropriazione*, 2186.

¹⁴ Cass., 14 luglio 1997, n. 6353, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1187 e già Cass., 4 febbraio 1993, n. 1402; Cass., 5 ottobre 1998, n. 5405; Cass., 4 aprile 1994, n. 2258. Secondo Cass., 18 aprile 2004, n. 16083, il decreto di acquisizione al patrimonio fallimentare emesso dal G.D. ai sensi dell'art. 25, n. 2, l. fall., ha valenza solo amministrativa e non può incidere su diritto sostanziale. Contro l'utilizzabilità del decreto di acquisizione, vedi anche TERRANOVA, *Effetti*, 214.

Circa la natura di tale sentenza, la dottrina prevalente e la giurisprudenza¹⁵, ritengono che si tratti di una sentenza di accertamento avente efficacia dichiarativa, con effetti *ex tunc*, la cui azione è imprescrittibile. Chi ritiene che sia necessaria tale azione, assume che, però, essa possa essere evitata se il terzo restituisca il bene oggetto di disposizione o lo stesso si trovi presso il debitore.

In questa stessa ottica, altri autori¹⁶ distinguono a seconda che il bene oggetto dell'atto gratuito si trovi presso il debitore o presso il terzo.

Invero, si ritiene che l'operatività di diritto della inefficacia renda eventuale la proposizione dell'azione giudiziale da parte del curatore, salvo che l'azione sia necessaria «per consentire al curatore la restituzione da parte del terzo del pagamento ricevuto dal fallito ovvero di porre in vendita i beni oggetto dell'atto a titolo gratuito»¹⁷. Così, si ritiene che non sia necessaria una pronuncia di revoca, salvo che sia necessario fare accertare la natura dell'atto¹⁸.

Ancora, si afferma che, se il bene si trova nella disponibilità del fallito, il curatore può apprenderlo alla massa, inventariandolo. Se invece il bene si trova presso terzi occorre esperire l'azione, cui prima si è fatto cenno, al fine di ottenere pronuncia, dichiarativa, che si limita peraltro a riscontrare l'inefficacia dell'atto di disposizione, condannando il beneficiario alla restituzione¹⁹.

Pur essendovi la necessità della sentenza di accertamento, si ritiene che la stessa non sia necessaria, se si tratta di beni mobili che si rinvencono presso il fallito. Se si tratta di un credito ceduto, si potrà agire direttamente nei confronti del cessionario per l'accertamento, e la condanna alla restituzione; se invece si tratta di immobili, sarà sempre necessaria una sentenza ai fini della trascrizione, salvo un adempimento spontaneo del terzo²⁰, con consenso da trascrivere.

Invero, tra le posizioni che vengono annoverate tra quelle che non ritengono necessaria una sentenza per far valere la inefficacia, c'è quella di un Illustre Autore²¹ il quale afferma che ai fini della esecuzione nei confronti del terzo soccombente sia sufficiente la sentenza di fallimento, che costituisce il titolo esecutivo che legittima l'esecuzione. Va però tenuto presente che il tema, cui si riferisce tale assunto, in questo caso è quello di dare esecuzione alla sentenza di revoca, che quindi in ogni caso si suppone vi sia stata²².

¹⁵ Per la natura dichiarativa della sentenza *ex art. 64 l. fall.*, cfr. Cass., 9 febbraio 2001, n. 1831, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 229; Cass., 21 novembre 1983, n. 6929, in *Giur. it.*, 1985, I, 106; TERRANOVA, *Effetti*, 181 ss.; PORZIO, *Effetti*, 337. In SANDULLI, *Gratuità*, cit., 347 ss. parlavo di azione costitutiva nel senso di cui nel testo, come ha ben inteso TERRANOVA, *Effetti*, 183 (in nota).

¹⁶ Sul punto, vedi SANDULLI, *Gratuità*, 340 ove ulteriori riferimenti.

¹⁷ ROSAPEPE, *L'inefficacia*, 238.

¹⁸ NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto*, 158.

¹⁹ CULTRERA, *Gli atti*, 60.

²⁰ DI IULIO, *Atti*, 512.

²¹ MAFFEI ALBERTI, *Il danno*, 195 ss.

²² Tale orientamento è stato rappresentato con riferimento alla revocatoria *ex art. 67*, ma non si può escludere che sia applicabile anche all'*art. 64*.

Vi è, infine, chi afferma che l'inefficacia degli atti di cui agli artt. 64 e 65 sia automatica e discenda direttamente dalla dichiarazione di fallimento²³.

In ogni caso si ritiene che la pronuncia giudiziaria – se pure di natura dichiarativa – si renda necessaria, per consentire al curatore di apprendere o vendere il bene oggetto dell'atto di disposizione. Cioè, se pure l'inefficacia è automatica e oggettiva, «essa va dichiarata, con sentenza avente natura ricognitiva della situazione giuridica»²⁴.

Ritengo sia da condividere quest'ultima posizione, nel senso che sia sempre necessario l'accertamento giudiziale, salvo una soluzione negoziata, la quale, comunque, dovrà avere la forma che consenta il ripristino della situazione anteriore all'atto di disposizione, alla costituzione di garanzia o al pagamento inefficace.

È da ritenersi che, in linea di principio, sia necessario un provvedimento giudiziario che accerti la sussistenza dei presupposti per la declaratoria dell'assenza di effetti degli atti posti in essere. Ciò suppone la proposizione dell'azione da parte del curatore²⁵, su cui grava l'onere della prova della sussistenza delle condizioni di legge. In mancanza di tale azione o, comunque, di una rilevazione d'ufficio della inefficacia nel corso di un giudizio già proposto²⁶, questa non può operare. Cioè, sarà la sentenza che accerta l'inefficacia, il titolo che legittima l'esecuzione sul bene oggetto dell'atto di disposizione a titolo gratuito entrato nel patrimonio del terzo.

Tale mia posizione trova il proprio fondamento su quanto si diceva *retro* (§ 2), in ordine alla natura ed alla operatività della revocatoria, ma come si è visto non è condivisa da autorevole dottrina.

In effetti pur volendo attribuire natura dichiarativa alla sentenza di inefficacia, in ogni caso è necessaria una sentenza la quale, accertando i presupposti di legge, consenta che il fallimento possa liquidare il bene ormai (di nuovo) acquisito al patrimonio del debitore.

Alla stessa stregua, sarà la sentenza che accerta la prestazione a titolo gratuito di una garanzia reale che consentirà di aggredire il bene, ai fini dell'esecuzione, senza che lo stesso sia gravato dalla stessa. Ed ancora, in caso di garanzia personale (fideiussione) la sentenza impedirà che il terzo, a cui favore era stata prestata la garanzia, possa esercitare il proprio diritto di credito nei confronti del garante fallito.

²³ GUGLIELMUCCI, *Manuale*, 165.

²⁴ Cass., 1 aprile 2005, n. 6918, in *Fallimento*, 2006, 2, 150; Cass., 8 febbraio 2001, n. 1831, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 229.

²⁵ SANDULLI, *Gratuità*, 341 ss.; in questo senso vedi anche TERRANOVA, *Par condicio*, 45, il quale osserva che «è chiaro, infatti, che il curatore se vuole farsi restituire il bene donato o le somme pagate in anticipo dal fallito, deve necessariamente agire in giudizio contro il terzo» e BASSI, *Lezioni*, 139, secondo il quale «non bisogna pensare a effetti automatici della revoca degli atti a titolo gratuito». SANDULLI, *La crisi*, 1069.

²⁶ Per la rilevanza d'ufficio dell'inefficacia *ex art.* 64, si veda, invece, CAVALLINI, ARMELI, *Art. 64*, 30 e App. Napoli, 23 aprile 2003, in *Giur. nap.*, 2004, 231.

4. La nuova previsione normativa

È in questo quadro interpretativo dell'art. 64 – rimasto fino a questo momento non toccato dai numerosi interventi riformatori che si sono succeduti nell'arco di un decennio – che va esaminato il secondo comma introdotto con l'ultima novella, secondo cui, quando il debitore ha compiuto un atto a titolo gratuito, la inefficacia di questo è automatica, se il creditore o (in caso di fallimento) il curatore intendono farla valere²⁷; principio analogo è stato introdotto dall'art. 2929-*bis*.

In tutti e due i casi, non è necessario l'accertamento della natura dell'atto e degli altri presupposti per l'inefficacia, onerandosi il debitore o il terzo beneficiario a proporre reclamo in caso di fallimento o opposizione in caso di esecuzione individuale e quindi provocare un giudizio a tali fini.

Il meccanismo di acquisizione dei beni oggetto di atti a titolo gratuito così delineato comporta una evidente “semplificazione” in favore della procedura: «per ottenere il recupero del bene ceduto a terzi con atti gratuiti non è più necessaria la previa instaurazione di una causa revocatoria, né ordinaria né fallimentare, ma può procedersi direttamente in via esecutiva sulla sola base della sentenza dichiarativa di fallimento»²⁸.

Appare evidente, alla luce della pur schematica ricostruzione della interpretazione dell'art. 64 originario, come di fatto si sia ritornati, *mutatis mutandis*, ad un procedimento simile a quello del decreto di acquisizione, in aperto contrasto con le soluzioni accolte nel passato²⁹.

Proprio dal raffronto con la disciplina dei “decreti di acquisizione” emergerebbero, però, una serie di criticità: *a)* anzi tutto, mentre il decreto *ex* art. 25, n. 2 «era rivolto all'acquisizione di beni appartenenti al fallito e che si trovavano nel possesso o nella detenzione di terzi (che non rivendicavano diritti incompatibili con l'acquisizione), qui assistiamo ad una vera e propria apprensione di beni ormai passati al patrimonio del terzo, sebbene in virtù di un atto a titolo gratuito», che avviene per di più «senza il minimo controllo da parte dell'autorità giudiziaria»; *b)* mentre l'art. 25, n. 2, l. fall. fa divieto al giudice delegato di emettere un decreto di acquisizione, «in quanto sussistono diritti di terzi incompatibili con l'apprensione alla massa del cespite, l'articolo 64, secondo comma, consente al curatore di apprendere tali beni con la sola trascrizione della sentenza di fallimento»; *c)* l'art. 64 sarebbe applicabile solo ai beni per i quali è possibile procedere a trascrizione (mobili registrati e immobili); *d)* l'iniziativa giudiziaria contro l'atto del curatore “viene ribaltata sul terzo” e l'unico rimedio «che viene concesso a quest'ultimo per la tutela del proprio diritto è un ricor-

²⁷ Il collegamento tra le due norme, in sede di proposte emendative del Relatore in Commissione in data 16 luglio 2015 era ancora più stretta, in quanto il nuovo comma da introdurre all'art. 64 era del seguente tenore «si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 2929-*bis* c.c., sostituendo al pignoramento la sentenza di fallimento».

²⁸ Così LAMANNA, *La legge*, 88.

²⁹ Per questo parallelismo, vedi VAROTTI, *Appunti veloci*, 16.

so endofallimentare (...) da presentare entro otto giorni dalla conoscenza dell'atto (trascrizione)»³⁰. Come vedremo (*infra*, § 14), però, nella realtà tale assimilazione deve ritenersi superata stante la diversità della fattispecie.

Tali criticità sono sollevate impropriamente. Infatti *a*) se l'atto diventa inefficace con la dichiarazione di fallimento, al momento dell'acquisizione al fallimento già si appartiene a questo; *b*) come vedremo non è affatto sicuro che l'atto gratuito inefficace sia solo quello che abbia ad oggetto atti iscritti o trascritti nei registri immobiliari; *c*) anche nel decreto di acquisizione si pone a carico del terzo l'onere di impugnativa, se pure non in termini così ristretti.

5. *Segue*. L'iniziativa del curatore

Va premesso che le soluzioni adottate nella legge fallimentare e nel codice civile (per vero, non così vicini come potrebbe sembrare) appaiono rispondere a criteri di politica legislativa, tendenti a colpire atti che, di fatto, nella stragrande maggioranza dei casi, costituiscono una elusione per evitare l'immediata esecuzione sul bene del debitore, imponendo i tempi di un giudizio, che, per lo più, ha un esito scontato in danno del disponente e del beneficiario dell'atto gratuito. In sostanza si è inteso disincentivare tali condotte, di fatto meramente elusive e dilatorie, consentendo di poter immediatamente acquisire la possibilità di agire esecutivamente sul bene uscito dal patrimonio del debitore³¹.

Come necessario, però, va verificato se e in che termini questa esigenza possa essere legittimamente soddisfatta.

Come dicevo, tale tipo di soluzione, che, prescindendo da un provvedimento giudiziario pieno, intendeva consentire al G.D. di acquisire il bene al fallimento, era stata stroncata dalla Corte di cassazione³² che ha considerato "inesistente" un tale tipo di provvedimento.

A maggior ragione, l'assenza di un qualsiasi filtro preventivo, accompagnata da un tempo brevissimo per il reclamo (quello di 8 (otto) giorni dalla conoscenza ai sensi dell'art. 36) fa ragionevolmente ritenere che ci si trovi di fronte ad una norma affetta da un probabile (vistoso?) vizio di incostituzionalità, (vedi *infra*, § 16), anche perché tale norma riguarda violazione dei doveri del curatore in relazione a fasi del procedimento e non ha ad oggetto provvedimenti che incidono sull'accertamento di diritti.

In effetti, l'utilizzazione, se pure solo ai fini impugnatori, dell'art. 36 appare una "forzatura" del sistema fallimentare, che, nella sua struttura ordinaria, prevede due diversi procedimenti, a seconda che vi sia un provvedimento reso dal giudice delegato

³⁰ Così VAROTTI, *Appunti veloci*, 17.

³¹ Sulla pressione transnazionale per una procedura più celere e un deterrente dei procedimenti per pretese chiaramente infondate v. OBERTO, *La revocatoria*, 25 (nota 54). Sulle esigenze di celerità delle procedure concorsuali, vedi SANDULLI, *Il tempo, passim*.

³² Cass., 30 settembre 2011, n. 20067.

o dal tribunale (art. 26) o un atto o una omissione del curatore (art. 36). Poiché l'“effetto” si produce in forza di un atto del curatore (richiesta di trascrizione della sentenza di fallimento) il legislatore ha ritenuto di dover utilizzare l'art. 36.

La soluzione deve ritenersi errata, in quanto ciò che distingue la fattispecie non è tanto la figura dell'Organo che ha posto in essere l'atto, quanto il contenuto dello stesso. E l'atto in questo caso è certamente non meramente ordinatorio, ma piuttosto con effetti decisori su diritti soggettivi.

Quindi, se pur si voglia restare nell'ottica del legislatore, lo strumento procedimentale utilizzato appare certamente incongruo: pure una inefficacia *ex lege*, per poter essere applicata, suppone che ne siano accertati i presupposti. Né si può ritenere che la presunta natura oggettiva ed automatica di tale sanzione non supponga alcun tipo di accertamento in ordine alla ricorrenza della fattispecie. La mancanza di tale accertamento preventivo sposta sul beneficiario dell'atto gratuito l'onere del reclamo ai sensi dell'art. 36 (per vero problematico), mentre il provvedimento di acquisizione spiega già la sua efficacia.

Tali considerazioni devono indurre a ritenere nullo il termine breve indicato dalla norma, previa la dichiarazione della sua incostituzionalità, almeno al fine di un adeguamento ai termini di cui all'art. 26, stante l'oggetto del “provvedimento”, ovvero ad una disapplicazione della norma per poi applicare direttamente i termini di cui all'art. 26.

Secondo l'orientamento dominante sull'art. 64 nel suo testo originario, i presupposti per la inefficacia sarebbero “solo” il compimento dell'atto nel biennio anteriore alla dichiarazione di fallimento o alla presentazione della domanda di concordato preventivo sfociata in fallimento (art. 69-*bis*), ed il compimento degli atti di cui al primo comma.

Il riscontro di entrambe le condizioni non sempre può essere automatico. Se per la data del compimento dell'atto, in prevalenza la soluzione è agevole³³, per la definizione della natura gratuita dell'atto, talvolta è necessaria una profonda verifica.

Al riguardo, infatti, a parte la probabilità che vi siano atti parzialmente onerosi o parzialmente gratuiti, vi sono fattispecie nelle quali la qualificazione dipende da valutazione di rapporti complessi, come per esempio nell'ambito di rapporti infragruppo o comunque nell'ambito di rapporti fra più negozi tra loro collegati, o ancora nelle ipotesi, di rapporti bilaterali o plurilaterali, dove è difficile definire, in relazione a ciascuna delle prestazioni eseguite, ed al soggetto che ne è stato beneficiario, la natura gratuita o onerosa dell'attribuzione.

Ma a mio parere, se pure minoritario, altri elementi che dovrebbero essere valutati sono che il fallito al momento del compimento dell'atto di liberalità fosse imprenditore commerciale, o che l'atto gratuito non rientra nella esenzioni di cui al comma 1 dell'art. 64³⁴.

³³ Ma non mancano casi in cui pur si discute della “data”, quale il caso del preliminare o il caso della concessione di garanzia in relazione al consenso alla iscrizione nei registri immobiliari.

³⁴ SANDULLI, *Gratuità*, 163. Così la previsione nel progetto di Codice di Commercio del 1925 D'Amelio (art. 765), caduta nel testo della legge fallimentare. Per la necessità, ai fini dell'applicazione

Quindi parlare di automatismo in tali casi è certamente piuttosto problematico.

In ogni caso la norma pecca di ottimismo, ritenendo che le fattispecie disciplinate permettono una soluzione semplice ma che necessariamente comporterà una dilatazione quantitativa della fase dell'opposizione.

6. Segue. La trascrizione della sentenza

La norma pone a carico del curatore un onere che si aggiunge a quello generale previsto per la sentenza di fallimento.

Infatti l'art. 88, comma 2 prevede che, se il fallito possiede immobili o altri beni soggetti a pubblico registro, il curatore notifica un *estratto* della sentenza dichiarativa di fallimento ai competenti uffici, perché sia trascritto nei pubblici registri. Il comma 2 dell'art. 64 prevede che «*i beni oggetto degli atti di cui al secondo comma sono acquisiti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento*». Cioè, il curatore deve provvedere alla trascrizione della intera sentenza di fallimento e non del solo estratto (che, peraltro, dovrebbe essere stato già trascritto), ed a prescindere dalla circostanza che l'atto gratuito riguardi beni immobili o mobili registrati.

Al riguardo va detto che l'omessa trascrizione dell'estratto della sentenza di fallimento non impedisce che si producano nei confronti dei terzi gli effetti della sentenza dalla sua data anche nei confronti dei terzi di buona fede, mentre la mancata trascrizione della intera sentenza impedisce che si producano gli effetti di cui al comma 2 dell'art. 64.

La norma collega l'effetto acquisitivo alla sola trascrizione delle sentenze di fallimento. Va segnalato che, invece, l'art. 2929-*bis* c.c., espressamente prevede che il vincolo pregiudizievole debba derivare da un atto che abbia ad oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri³⁵.

L'art. 64 non fa alcun riferimento al tipo di atto ed alla sua eventuale iscrizione in particolari registri; da ciò deriva che la trascrizione della sentenza di fallimento opera come elemento condizionante che, comunque, colpisce l'efficacia dell'atto, quale che esso sia, prescindendo dalla sua anteriore iscrizione o trascrizione.

Come vedremo, la trascrizione ha una funzione convenzionale di manifestazione di volontà di far valere l'inefficacia, ma di fatto non opera con gli effetti e la finalità della trascrizione (ordine di successione nel diritto di fronte ai terzi).

dell'art. 64 l. fall., che il debitore sia un imprenditore commerciale al momento del compimento dell'atto, si veda, già, MARTORANO, *La qualità*, 719 s.; PISCITELLO, *Questioni*, 841.

³⁵ Quest'ultima norma impone di identificare quali siano i "pubblici registri" di riferimento; soli i Registri Immobiliari e il Pubblico registro automobilistico o anche registri comunque pubblici (vedi se questo tema, OBERTO, *La revocatoria*, 12, nota 24). La dizione della norma, se pur istintivamente sembrerebbe riferirsi solo a questi, di fatto non appare limitativa, per cui impone di estendere l'applicazione ad ogni altro tipo di registro "pubblico"; cioè tenuto da pubblica autorità e consultabile.

7. *Segue. Sull'acquisizione del bene al fallimento*

Va chiarito cosa debba essere inteso con l'espressione secondo cui i beni mediante la trascrizione «*sono acquisiti al patrimonio del fallimento*».

Oggetto dell'acquisizione saranno tutti i beni usciti dal patrimonio del debitore, che siano stati oggetto di trasferimento a titolo gratuito o di diritti reali di proprietà, usufrutto o uso, di superficie, di enfiteusi, costitutivi di comunione, rinunzie, locazioni ultraventennali, contratti di società di associazioni e costituzione di consorzi con cui si conferiscono proprietà o in godimento beni immobili o altri diritti immobiliari, per un periodo ultranovennale, anticresi, accordi che riconoscono l'usucazione, transazioni che hanno ad oggetto beni immobili, sentenze che riconoscono tali diritti a titolo gratuito, acquisti a causa di morte, atti costitutivi di vincolo, atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela³⁶.

Rispetto gli atti per i quali si sia avuto il trasferimento del diritto, con la trascrizione della sentenza si realizza l'inefficacia già prodottasi con la sentenza di fallimento, per cui il curatore ne acquisisce la disponibilità e l'amministrazione.

Si attua quindi un fenomeno "restitutorio" dal patrimonio del beneficiario dell'atto al patrimonio del fallito oggetto di acquisizione da parte della procedura fallimentare. Effetto questo escluso per la revocatoria di cui all'art. 67 ss.

Pertanto, il curatore munito della sentenza di fallimento trascritta, a parte il potere di disporre del bene, acquista il potere di ottenerne il possesso e di goderne dei frutti, sin dalla data del compimento dell'atto; come se l'atto a titolo gratuito non fosse stato posto in essere. Egli ha, quindi, il titolo per disporre del bene secondo le regole delle vendite, fallimentari; il bene diventa parte del complesso aziendale del fallimento.

Il beneficiario dell'atto, salvo il reclamo avverso tale trascrizione a norma dell'art. 36, di cui diremo in seguito, deve solo sopportare gli effetti di tale trascrizione e, se richiesto dal curatore, riconsegnare spontaneamente il bene ovvero in caso di inerzia, subire l'immissione del curatore nel possesso attraverso la procedura di consegna e rilascio.

Il curatore dovrà procedere all'inventario dei mobili registrati, che quando rinvenuti, saranno appresi direttamente dalla curatela che nomina, eventualmente un custode, se non li asporta immediatamente³⁷. Per gli immobili, invece, la sentenza trascritta sarà anche titolo per ottenere il possesso del bene, se questo è detenuto dal terzo.

Tale acquisizione in senso lato si avrà per tutti i "beni" di cui il debitore abbia disposto, così come l'inefficacia opererà per gli atti non traslativi, ma solo costitutivi (ipoteca, pegno) o obbligatori.

Come si è detto, la norma non fa alcun riferimento ai soli beni (di cui si è disposto) che siano oggetto di trascrizione o di iscrizione, a differenza di quanto avviene

³⁶ Vedi artt. 2643, 2645 e 2645-ter c.c.

³⁷ Sull'inventario, ABETE, *Art. 87*, 1163.

nell'art. 2929-*bis* c.c. Da ciò la convinzione che l'area di applicazione non abbia alcun limite in tal senso.

Se è vero che potrebbe non essere corretto allargare l'area di applicazione di una norma dal carattere certamente penalizzante per chi abbia disposto e per chi abbia ricevuto a titolo gratuito, è anche vero che sussiste una esigenza di trattamento paritario tra situazioni del tutto omogenee.

La norma, se pure introduce una nuova tecnica di intervento, non può essere considerata una norma eccezionale, ma solo una norma "nuova", in relazione alla quale non può essere esclusa un'applicazione estensiva, o anche analogica.

E ciò tanto sulla base dei principi ermeneutici generali, quanto sulla base dei principi che governano la procedura fallimentare, dove tuttora sopravvive la prospettiva di una parità di trattamento tra i soggetti coinvolti: il principio della *par condicio*, se pure oggi ritenuto in crisi, resta il cardine della giustificazione della procedura concorsuale, con i suoi vincoli e le sue limitazioni funzionali alla esigenza di evitare discriminazioni.

Da ciò discende la doverosa legittima verifica della possibilità di applicare a fattispecie similari la medesima disciplina.

In questa ottica, quindi, bisogna verificare se e come si applica la norma, e quali effetti abbia per i diritti di garanzia; in questo caso, l'acquisizione al patrimonio del fallimento, non produce di per sé alcuna utilità, perché si acquisisce un bene gravato da ipoteca. Se si vuole utilizzare la norma anche con riferimento a questa fattispecie, si deve operare una interpretazione estensiva, nel senso che la trascrizione della sentenza fa valere anche l'inefficacia della costituzione di garanzia, per cui il bene sarà acquisito al patrimonio del fallimento come se la costituzione di garanzia non fosse intervenuta.

Quindi, la norma opererà con un procedimento diverso, ma con i medesimi strumenti: la presenza della trascrizione della sentenza consentirà al curatore di avere come non costituita la ipoteca e quindi di disporre del bene come "libero".

Problema analogo si pone per i contratti preliminari trascritti. Anche quando vi sia un atto meramente obbligatorio a titolo gratuito, avente ad oggetto i diritti sopra indicati, esso dovrà subire la stessa sorte degli atti dispositivi. Infatti sono assoggettati a moratoria, e quindi alla inefficacia di cui all'art. 64, anche gli atti obbligatori, che costituiscono una forma di attribuzione patrimoniale destinata a depauperare il patrimonio del debitore³⁸.

8. *Segue.* Gli atti di cui al comma 1 dell'art. 64

Appare opportuno, indicare quali sono «*gli atti di cui al primo comma*», il cui oggetto viene acquisito al patrimonio fallimentare.

³⁸ SANDULLI, *Gratuità*, 181.

Per vero la risposta a tale quesito non è affatto ovvia. Al di fuori della donazione, per tutta una serie di negozi possono sorgere notevoli dubbi. Ma la soluzione è ancora meno scontata se si tiene conto che (l'onerosità e) la gratuità non attengono alla causa del contratto, bensì sono la qualificazione di attribuzioni patrimoniali che possono essere poste in contratti, atti o fatti diversi, tra loro collegati.

Invero, ai fini della qualificazione, se il rapporto si esaurisce in un unico negozio, vi sarà una valutazione di tipo sostanziale e non meramente formale diretta a verificare l'esistenza effettiva del tipo di contratto che all'apparenza si presenta (così una valutazione sostanziale va fatta della donazione remuneratoria e nella donazione modale o dell'adempimento di obbligazioni naturali)³⁹.

Quando il rapporto patrimoniale si attua al di fuori di un unico contratto o atto, le attribuzioni patrimoniali, che nel loro ambito vengono effettuate, conservano piena rilevanza ai fini della qualificazione come onerosa e gratuita. Quando tale collegamento è espressione di un rapporto economico-giuridico atipico o complesso, esso costituisce manifestazione di un intento pratico delle parti, cui l'ordinamento, ricorrendo le condizioni di meritevolezza, attribuirà rilevanza giuridica⁴⁰.

La difficoltà, come dicevo, sorge quando il fenomeno si estrinseca nell'ambito di più negozi collegati, o quando una controprestazione non abbia un pieno valore corrispettivo, o quando al rapporto partecipano più di due soggetti, dove occorre verificare quale riceve il corrispettivo e quale invece subisce un sacrificio senza corrispettivo, e comunque definire a quale patrimonio fare riferimento per valutare l'effetto economico dell'atto⁴¹.

Alla stessa stregua si pone un problema di qualificazione per la prestazione di garanzia da parte del terzo⁴², per l'adempimento di debito altrui⁴³, per i rapporti infra-

³⁹ SANDULLI, *L'inefficacia*, 517.

⁴⁰ SANDULLI, *Gratuità*, 127.

⁴¹ Su questi temi vedi più ampiamente, SANDULLI, *Gratuità*.

⁴² Cass., 21 maggio 2010, n. 12507, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 5, 794: «La garanzia reale (nella specie un'ipoteca) prestata dal terzo in un momento successivo all'insorgenza del debito garantito, ove non risulti correlata ad un corrispettivo economicamente apprezzabile proveniente dal debitore principale o dal creditore garantito, è qualificabile come atto a titolo gratuito. Ne consegue, in caso di sopravvenienza del fallimento del garante, che il suddetto atto esula dalla previsione dell'art. 67 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, in tema di revocatoria delle garanzie a titolo oneroso, e resta soggetto, ai sensi e nel concorso dei requisiti fissati dal precedente art. 64, alla sanzione di inefficacia contemplata per i negozi gratuiti».

⁴³ PATTI, *Art. 64*, 879; Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 3, 388: «nell'ipotesi di estinzione da parte del terzo, poi fallito, di un'obbligazione preesistente cui egli sia estraneo, l'atto solutorio può dirsi gratuito, ai predetti effetti solo quando dall'operazione – sia essa a struttura semplice perché esaurita in un unico atto, sia a struttura complessa, in quanto si componga di un collegamento di atti e di negozi – il terzo non tragga nessun concreto vantaggio patrimoniale, avendo egli inteso così recare un vantaggio al debitore; mentre la causa concreta deve considerarsi onerosa tutte le volte che il terzo riceva un vantaggio per questa sua prestazione dal debitore, dal creditore o anche da altri, così da recuperare anche indirettamente la prestazione adempiuta ed elidere quel pregiudizio, cui l'ordinamento pone rimedio con l'inefficacia *ex lege*».

gruppo⁴⁴ e per i contratti di assicurazione sulla vita nei quali il contraente è diverso dal beneficiario⁴⁵.

A mio avviso, in tutte queste fattispecie la qualificazione della attribuzione va fatta con riferimento ai suoi effetti sul patrimonio del debitore, salva l'eccezione espressamente prevista dall'art. 67, comma 2, dove per le garanzie prestate da terzi comunque l'attribuzione viene considerata a titolo oneroso se costituita contestualmente al sorgere del credito⁴⁶.

Quindi può dirsi che la locuzione "atti" a titolo gratuito posti in essere dal fallito nei due anni anteriore alla dichiarazione di fallimento (con il prolungamento temporale per il caso di consecuzione di procedimenti⁴⁷) vada inteso come atti dispositivi del patrimonio del fallito privi di una controprestazione, compiuti da un imprenditore commerciale⁴⁸ nei due anni anteriore la data della sentenza di fallimento, ovvero l'ammissione ad una procedura cui sia seguito, senza soluzione di continuità, il fallimento.

Alla luce di questi principi discende come la qualificazione di un atto, o meglio di un'attribuzione patrimoniale, in termini di gratuità o onerosità, sia la conseguenza della valutazione di una serie di profili che certamente escludono un facile automatismo o comunque una valutazione meramente nominalistica dell'atto.

9. *Segue. L'ambito di applicazione della norma*

Vediamo ora l'ambito di applicazione della norma.

Il primo comma considera privi di effetto gli atti a titolo gratuito compiuti dal debitore nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, escluse talune fattispecie puntualmente menzionate.

Il secondo comma limita la previsione «*ai beni oggetto degli atti di cui al primo comma*».

⁴⁴ PATTI, *Art. 64*; MIOLA, *Le garanzie, passim*. Sulla necessità di tenere conto, nell'ambito delle garanzie infragruppo, della «esistenza di un interesse economicamente e giuridicamente apprezzabile in capo alla società agente, potendo l'eventuale pregiudizio economico, che da detta operazione sia direttamente derivato, aver trovato la sua contropartita in un altro rapporto, e l'atto presentarsi come preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto», cfr. Cass., 14 ottobre 2010, n. 21250, in *Vita not.*, 2013, 1, 36; nello stesso senso Cass., 9 ottobre 2012, n. 17200; con specifico riferimento all'applicazione dell'art. 64 l. fall., cfr. Cass., 29 settembre 1997, n. 9532; Trib. Genova, 27 maggio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 2460.

⁴⁵ SANDULLI, *L'inefficacia*, 532; DE MARCHI, *Onerosità*, 645.

⁴⁶ Cass., 8 luglio 2005, n. 14376, in *Fallimento*, 2006, 398.

⁴⁷ Cass., 13 dicembre 2002, n. 17844, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2193.

⁴⁸ SANDULLI, *Gratuità*, 163; così la previsione nel progetto di Codice di Commercio del 1925 D'Amelio (art. 765), caduta nel testo della legge fallimentare. Per la necessità, ai fini dell'applicazione dell'art. 64 l. fall., che il debitore sia un imprenditore commerciale al momento del compimento dell'atto, si veda, già, MARTORANO, *La qualità*, 719 s.; PISCITELLO, *Questioni*, 841.

Innanzitutto si deve ritenere che la norma si applichi agli atti a titolo gratuito, che non siano compresi tra “gli esclusi”⁴⁹.

È pacifico che la prova di tale proporzionalità (sul cui contenuto si discute) debba essere data dal debitore e/o dal terzo beneficiario dell’atto⁵⁰. Quindi il curatore potrebbe comunque considerare non ancora provata la fattispecie “esclusiva”.

Il riferimento letterale dell’*incipit* della norma appare riferito ai «beni oggetto degli atti», senza alcuna limitazione.

Quindi si potrebbe trattare di beni che siano stati oggetto di altro trasferimento di proprietà o di altri diritti reali (anche quelli di godimento), ovvero di garanzia ipotecaria o pignorataria, di anticresi, di contratti preliminari (v. art. 2643 c.c.) (quando possibile per atti a titolo gratuito).

Lo strumento della trascrizione della sentenza di fallimento non comporta alcun riferimento alla natura dell’atto da considerare inefficace: qualunque atto che possa rientrare nella previsione del primo comma è compreso nella previsione normativa, sia di natura reale che obbligatoria.

Non è la trascrizione della sentenza che fa rientrare il bene nel patrimonio del fallimento, essendo posto un effetto della già verificata inefficacia; essa, ha invece, la duplice funzione di far valere la inefficacia e di dichiarare la volontà di acquisire il bene (escludendo quindi la scelta di non acquisire il bene, come pur possibile in forza degli artt. 42 e 104-*ter*, ult. comma, l. fall.).

Non vi sono dubbi che nella previsione normativa sono compresi gli atti di costituzione di garanzia, di pegno, di anticresi, non tanto se “annotati” in registri, ma per la formula omnicomprensiva della norma.

Contro una tale soluzione non depone il previsto effetto di acquisizione al patrimonio del fallimento. Ora, la inefficacia della costituzione di ipoteca, di costituzione di pegno o di anticresi, certo non possono avere come effetto l’acquisizione del bene al fallimento, se le garanzie reali sono inefficaci. Di fatto ci sarà che il bene già compreso nel patrimonio del debitore vedrà cadere il peso costituito dalle iscrizioni/costituzioni pregiudizievoli.

Però, con una interpretazione additiva si può ritenere che in questo caso il bene si acquisisca al patrimonio del fallimento “libero” da pesi. In effetti, se nella materialità il bene è il medesimo, sotto il profilo giuridico un bene con il peso è cosa diversa da bene libero, quindi l’espressione del legislatore può contemplare anche questo caso.

Ancora, cosa accade nel caso di prestazione di garanzia da parte del debitore per un debito che faccia capo ad un terzo?

Anche qui la fattispecie è piuttosto ristretta, in ragione del novellato testo dell’art. 67, comma 2, secondo cui la costituzione di garanzia a favore di terzo contestuale al sorgere del credito è un atto a titolo oneroso.

⁴⁹ Regali d’uso, atti compiuti in adempimento di un dovere morale a scopo di pubblica utilità.

⁵⁰ Trib. Roma, 3 ottobre 1981, in *Dir. fall.*, 1982, II, 169.

Quindi il problema si pone solo per le garanzie a favore di terzo non contestuali. In questo caso il titolo esecutivo è stato conseguito dal creditore nei confronti del debitore e del terzo, che quindi ha (o avrebbe potuto) partecipare al giudizio. Si deve concludere quindi, che la fattispecie non presenti sotto questo profilo un aspetto particolare per cui la soluzione potrà essere della stessa natura di quella vista in precedenza.

10. L'operatività della inefficacia

Con l'introduzione di queste norme si è voluto evitare che necessariamente si dovesse agire in giudizio per far valere l'inefficacia degli atti a titolo gratuito (nei limiti previsti dalla norma); pertanto, mediante la trascrizione della sentenza di fallimento, i beni oggetto dell'atto gratuito sono acquisiti al patrimonio del fallimento.

Dunque, non è necessaria la proposizione di un'azione giudiziaria e l'inefficacia comporta il ripristino nel patrimonio del fallimento del bene stesso, con un effetto restitutorio.

Per meglio dire, poiché è la dichiarazione di fallimento che rende l'atto inefficace *ex lege*, questo è il momento in cui si verifica l'effetto restitutorio dal patrimonio del terzo al patrimonio del fallito. La trascrizione della sentenza costituirà lo strumento per far valere nei confronti del terzo tale inefficacia.

Va preliminarmente sottolineato come la dizione normativa espressa faccia riferimento solo al caso di «*beni oggetto degli atti di cui al primo comma*», tacendo sulle altre possibili fattispecie. Di ciò ci occuperemo in seguito.

Esaminiamo, per ora, il dato normativo *tale qualis*.

Il dato principale è costituito dalla circostanza che il “bene” oggetto dell'atto a titolo gratuito è acquisito al patrimonio del fallimento sulla base dei seguenti presupposti: *a*) vi sia stato un atto di disposizione di un bene di cui al comma 1; *b*) sia intervenuta la dichiarazione di fallimento; *c*) sia stata trascritta la sentenza di fallimento; *d*) non sia necessaria la proposizione di un'azione giudiziaria di accertamento.

Iniziamo l'analisi di questo ultimo punto, che costituisce la novità più significativa.

Anche nel vigore della normativa previgente, come abbiamo detto, non mancava chi sosteneva la non necessità di un giudizio per far valere tale inefficacia *ex lege*⁵¹.

Cioè, nel caso in cui il bene (mobile) fosse ancora in possesso del fallito, il curatore lo avrebbe potuto apprendere alla massa. Ancora, qualora il terzo spontaneamente avesse restituito il bene, e se trascritto, si mostrasse disponibile a stipulare un negozio restitutorio di trasferimento, eventualmente anche nelle forme tali da consentire la trascrizione a favore del fallimento, non ci sarebbe stata necessità di alcuna azione giudiziaria.

⁵¹ CAVALLINI, ARMELI, *Art. 64*, 29, secondo il quale, se il curatore, in sede di inventario, riesce a reperire il bene oggetto dell'atto gratuito, è autorizzato ad impossessarsene direttamente; nello stesso senso anche D'ARRIGO, *Atti*, 555; GALLESIO PIUMA, *Art. 64*, 67; DI IULIO, *Atti*, 513; RAGUSA MAGGIORE, *Contributo*, 70; MESSINEO, *Manuale*, 604.